



KLAGANDE

NFB Transport Systems AB, 556273-6354

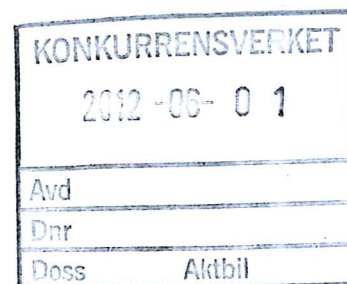
Ombud: Advokaterna Fredrik Linder och Mikael Dubois
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPARTER

1. Uppsala universitet
Upphandlingsenheten
Box 887
751 08 Uppsala

2. Allt i transport och spedition 018 AB, 556639-6049

Ombud för 2: Advokat Hugo Norlén och jur.kand. Lovisa Lagerwall
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala



ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 1 februari 2012 i mål nr 7099-11,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 8 februari 2012 ska inte längre gälla.

YRKANDEN M.M.

NFB Transport Systems AB (NFB) yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att anbudet från Allt i transport och spedition 018 AB diskvalificerats från utvärdering i upphandlingen.

Uppsala universitet (universitetet) bestrider bifall till överklagandet.

Allt i transport och spedition 018 AB (AIT), som getts tillfälle att yttra sig i målet, bestrider bifall till överklagandet.

NFB anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Förutsättningar för prövningen i målet

Avgörande för om NFB har lidit skada enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, är om NFB påverkas negativt eller inte av att AIT:s anbud antas trots att det inte uppfyller samtliga skall-krav. Svaret på den frågan är ja, eftersom NFB går miste om en möjlighet till överprövning av upphandlingen för det fall AIT:s anbud inte rätteligen förkastas i ett nytt tilldelningsbeslut, varigenom NFB går miste om både möjligheten att slutligen antas som leverantör i upphandlingen och få till stånd en ny upphandling. NFB delar inte AIT:s uppfattning att detta skulle vara en abstrakt bedömning av skaderekvisitet. Vidare vill NFB påpeka att det är stötande att nuvarande situation kvarstår oförändrad, dvs. att förvaltningsrätten uttryckligen anger att AIT:s anbud inte uppfyller alla skall-krav i upphandlingen men att AIT ändå ska antas som leverantör. Det förhållandet står i strid med LOU:s grundläggande syften.

Det finns en omfattande och tydlig praxis från kammarrätterna innebärande att invändningar som den upphandlande myndigheten framför först i en överprövningsprocess om att den leverantör som begär överprövning inte

uppfyller alla skall-krav inte kan prövas inom ramen för ett mål där det är leverantören som begärt överprövning (se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 oktober 2010 i mål nr 3764-10 och den 18 december 2009 i mål nr 4904-09 samt Kammarrätten i Stockholms dom den 19 november 2010 i mål nr 5929-10).

Det råder inga som helst tvivel om att invändningar av det slag som universitetet framförde i förvaltningsrätten *inte* kan beaktas inom ramen för prövningen av målet. Förvaltningsrätten gjorde, trots påpekande av NFB, en bedömning av universitetets invändning i denna del. Bedömningen har dessutom varit helt avgörande för utgången i målet. Med hänvisning härtill står det klart att förvaltningsrättens dom står i uppenbar strid med etablerad kammarrättspraxis.

NFB uppfyller aktuellt skall-krav

Utbildning i EcoDriving ska jämföras med utbildning i sparsam körning, eftersom utbildning i EcoDriving avser att ge föraren ett miljöanpassat körsätt varigenom bränsleförbrukning och koldioxidutsläpp minskar. Det har såväl universitetet som förvaltningsrätten ansett.

Om kammarrätten skulle anse att förvaltningsrätten har haft att beakta frågan om NFB uppfyllt skall-kraven i upphandlingen vill bolaget anföra följande.

Enligt NFB:s uppfattning har bolaget inte angett 27 förare i anbudet. NFB har visserligen till sitt anbud bifogat en personalförteckning varifrån tilltänkt personal i upphandlingen kommer att tas. 27 personer har ett kryss bredvid sig i kolumnen för förare. NFB har emellertid, såväl i sitt anbud som i det förtydligande som universitetet inhämtat, gjort helt klart att personalförteckningen omfattar personal *utöver* den som kommer att användas inom ramen för upphandlingen och att endast nio av de förare som

står med i förteckningen är avsedda att användas inom ramen för upphandlingen. Eftersom NFB har ansett det tillräckligt med nio förare för denna upphandling (vilket NFB också uttryckligen anfört i förtydligandet), har bolaget endast skickat in intyg om sparsam körning för de nio personer som åberopats som förare. Skall-kravet i p. 5.9 i kravspecifikationen är därmed uppfyllt.

AIT uppfyller inte aktuellt skall-krav

I AIT:s anbud har föraren DT uttryckligen angetts som förare. AIT har angett att DT genomgått utbildning i sparsam körning, men inte till sitt anbud bifogat något intyg om detta avseende honom. Således är det uppenbart att AIT:s anbud inte uppfyller skall-kravet i p. 5.9 i kravspecifikationen, vilket även förvaltningsrätten funnit.

NFB har lidit skada

Eftersom förvaltningsrätten felaktigt funnit att NFB inte uppfyllt skall-kravet i p. 5.9 i kravspecifikationen, har förvaltningsrätten också gjort en felaktig bedömning av om NFB lidit skada enligt LOU av att AIT:s anbud inte uppfyllt nämnda skall-krav. NFB ska dessutom anses ha riskerat att lida skada enligt LOU i upphandlingen, även om bolaget inte uppfyllt det aktuella skall-kravet. Enligt rättspraxis krävs inte att konstaterade brister i upphandlingen faktiskt har medfört eller kan komma att medföra att sökanden inte vinner upphandlingen för att åtgärder enligt LOU ska komma i fråga. Att skada uppkommit behöver inte bevisas utan endast risk för skada måste föreligga. Om förvaltningsrätten hade bifallit NFB:s ansökan och universitetet sedan vid en ny utvärdering diskvalificerat både AIT och NFB, hade NFB givetvis ändå haft möjlighet att ansöka om överprövning av ett sådant nytt tilldelningsbeslut. Härvid hade NFB t.ex. kunnat anföra att bolaget uppfyller samtliga skall-krav i upphandlingen eller att skall-kravet är utformat i strid med LOU. Således hade NFB fortfarande haft en chans

till framgång i upphandlingen, även om anbudet inte anses uppfylla det aktuella skall-kravet. Därmed har NFB riskerat att lida skada enligt LOU och förvaltningsrätten således gjort en felaktig skadebedömning. Även på grund härav föreligger anledning till ändring av det slut var till förvaltningsrätten kommit.

NFB anser att universitetets tolkning av skall-kravet att intyg om sparsam körning ska vara uppfyllt för att aktuell person ska medräknas som chaufför i uppdraget helt saknar stöd i förfrågningsunderlaget. Det skulle vid en sådan tolkning inte ha funnits någon anledning att över huvud taget ställa upp aktuellt skall-krav.

Invändning om att sökanden inte uppfyller skall-krav

Frågan om en invändning av nu aktuellt slag kan prövas inom ramen för ett överprövningsmål behandlades inte i rättsfallet HFD 2011 ref. 29. Fallet avser frågan om en anbudsgivare, som först antagits som leverantör men vars anbud förkastats efter prövning i förvaltningsrätt, ska ha talerätt avseende förvaltningsrättens dom. Då rättsfallet avser en helt annan fråga påverkar det inte relevansen av den praxis som säger att invändningar om sökandens skall-kravsuppfyllelse inte får beaktas i ett överprövningsmål.

NFB anser att det är en orimlig tolkning av AIT att invändningen om att NFB inte uppfyller samtliga skall-krav får beaktas, eftersom den praxis som finns på området endast säger att upphandlande myndighets invändningar i det avseendet inte får beaktas. Den princip som anges i aktuell kammarrättspraxis måste anses innebära att det är invändningarna som sådana som inte får beaktas, oavsett vilken aktör som framför dem. I domen från Kammarrätten i Göteborgs den 18 december 2009 i mål nr 4904-09 tillmättes det inte någon betydelse att det var just den upphandlande myndigheten som framförde de aktuella invändningarna.

Före rättsfallet HFD 2011 ref. 29 hade det inte varit aktuellt för någon annan aktör än sökanden och den upphandlande myndigheten att yttra sig i förvaltningsrätten eller att överklaga en dom från förvaltningsrätten. Eftersom den praxis som NFB hänvisar till etablerats innan rättsfallet, är det naturligt att frågan om liknande invändningar från en tidigare antagen leverantör inte har behandlats, eftersom sådana invändningar bara kunnat komma från den upphandlande myndigheten.

NFB delar uppfattningen att AIT:s invändningar kan prövas i en kommande överprövningsprocess om NFB tilldelas kontraktet efter rättelse. AIT:s hänvisningar till rättsmedelsdirektivets krav på förekomsten av rättsmedel har således ingen relevans i förevarande mål. Att invändningar av nu aktuellt slag inte får beaktas inom ramen för detta mål innebär naturligtvis inte att skall-kraven i upphandlingen ska tillämpas på olika sätt för olika anbudsgivare. För det fall kammarrätten bifaller NFB:s överklagande ska universitetet fatta ett nytt tilldelningsbeslut, varvid likabehandlingsprincipen givetvis ska beaktas. En anbudsgivare som lider skada av detta senare tilldelningsbeslut har då rätt att begära överprövning av upphandlingen.

Universitetet anför bl.a. följande.

Punkterna 5.4 b och 5.9 i upphandlingen har av universitetet tolkat så att kraven på namn och arbetsuppgift respektive intyg om sparsam körning ska vara uppfyllda för att den anställda ska medräknas som chaufför i uppdraget. Förarna DT, LL och BÖ har således inte medräknats som chaufförer vid bedömningen av AIT:s förmåga att fullgöra uppdraget. Tolkningen innebar att både AIT och NFB ansågs uppfylla skall-kraven i kravspecifikationen. Universitetet vidhåller att denna tolkning är förenlig med ordalydelsen i specifikationen.

Om kammarrätten, i likhet med förvaltningsrätten, inte skulle finna stöd för den tolkning som universitetet har gjort uppkommer frågan om NFB har

lidit eller kan komma att lida skada. Som förvaltningsrätten har konstaterat innebär en tolkning som diskvalificerar AIT:s anbud även att NFB:s anbud skulle ha förkastats. Den skillnad i anbuden som NFB pekar på i sitt överklagande avseende hur redovisningen av förare har gjorts kan inte föranleda någon annan bedömning. Det måste således anses strida mot lika-behandlingsprincipen att, i enlighet med vad NFB har anfört, tillämpa skallkraven på olika sätt för olika anbudsgivare.

En rättelse av upphandlingen utifrån en eventuell dom med innebörden att AIT:s anbud ska förkastas kommer med beaktande av likabehandlingsprincipen med nödvändighet innebära att även NFB:s anbud förkastas. Om en dom om rättelse från kammarrätten däremot inte innehåller något uttalande om rättelsens innehåll, möjliggörs för universitetet att inhämta förtydligande av de båda leverantörernas utförarorganisation. Ett sådant förtydligande kan förväntas innebära att båda bolagen kommer att kvalificera sig för utvärdering. Vid det förhållandet kommer AIT:s anbud att antas. NFB har därför inte lidit någon skada.

Mot bakgrund av att AIT i sitt anbud har gett in intyg om sparsam körning/EcoDriving beträffande nästan dubbelt så många personer som NFB gjort, ter det sig än mer orimligt att med hänvisning till utformningen av redovisningen av intygen förkasta AIT:s anbud men inte NFB:s. Det kan sammantaget således konstateras att NFB inte har lidit, eller kan komma, att lida skada.

AIT anför bl.a. följande.

AIT uppfyller uppställda skall-krav

Universitetet har i upphandlingen inte uppställt några krav på kapacitet vad avser antalet chaufförer. Det har således stått AIT och anbudsgivarna fritt att avgöra hur många chaufförer som krävs för uppdraget.

AIT har i anbudet i förtecknat samtliga anställda som har B/C/CE-körkort samt bifogat intyg om utbildning i "Sparsam körning" avseende de 16 medarbetare som varit aktuella som chaufförer i uppdraget. Genom dessa 16 chaufförer har AIT (med god marginal) tillräcklig kapacitet för att utföra flyttjänster för universitetet och således uppfyllt skall-kravet i p. 5.9.

Utöver de 16 tilltänkta förarna med bifogade utbildningsintyg har AIT förtecknat *ytterligare* 15 medarbetare som innehar B/C/CE-körkort, men som av olika skäl inte varit aktuella som chaufförer i uppdraget utan för andra arbetsuppgifter. Två av dessa (DT och BÖ) har genomgått utbildning i "Sparsam körning".

Att AIT har underlåtit att bifoga intyg för DT och BÖ ska inte föranleda att bolaget hamnar i en sämre situation än om dessa personer över huvud taget inte hade uppgetts i anbudet, eftersom AIT ändå har nödvändig kapacitet för upphandlingen. Då DT och BÖ inte har varit nödvändiga för utförandet av uppdraget, ska de i enlighet med universitetets tolkning av kravspecifikationen inte medräknas som chaufförer och något intyg har således inte behövts för dem. AIT uppfyller därigenom skall-kraven och universitetet har agerat korrekt när AIT tilldelats upphandlingen.

NFB har inte lidit någon skada

NFB har angett att nio av 27 förare på listan genomgått utbildning i EcoDrivning. I likhet med AIT har således NFB tolkat kravet som att intyg endast skulle inges för de anställda som var påtänkta som chaufförer i uppdrag åt universitetet. Ingen av chaufförerna har dock genomgått utbildning i "Sparsam körning". NFB uppfyller således inte skall-kravet i p. 5.9 i kravspecifikationen.

För det fall kammarrätten skulle finna att utbildning i EcoDriving ska jämföras med utbildning i "Sparsam körning" har NFB ändå inte uppfyllt skall-kravet, eftersom NFB inte bifogat utbildningsintyg för samtliga nio angivna chaufförer. För sex av dem har NFB endast bilagt fakturor avseende kursavgift. En faktura är inte att jämföras med ett intyg, bl.a. eftersom en kursdeltagare mycket väl kan betala kursavgiften men inte genomgå kursen. Det framgår inte heller om NFB faktiskt har erlagt kursavgiften.

Om skall-kravet i p. 5.9 i kravspecifikationen ska tillämpas på ett sådant sätt att intyg om "Sparsam körning" skulle ha bifogats för samtliga i anbudet angivna personer på listan med förarbevis uppfyller varken AIT eller NFB detta krav. Skillnaden mellan anbuden är att AIT uttryckligen angett att två uppgivna förare utbildats i "Sparsam körning", men inte bifogat intyg som styrker detta.

Eftersom NFB inte uppfyller skall-kravet i p. 5.9 i kravspecifikationen, borde NFB:s anbud i så fall inte heller ha utvärderats i upphandlingen. NFB skulle således inte ha antagits som leverantör, oavsett om AIT:s anbud hade underkänts eller inte. NFB har därmed inte lidit någon skada, varför förutsättningar för åtgärd enligt LOU inte föreligger.

AIT instämmer i förvaltningsrättens bedömning att skall-kraven måste tillämpas lika för samtliga anbudsgivare, i förvaltningsrätten likväl som hos den upphandlande myndigheten. Om förvaltningsrätten inte hade beaktat huruvida NFB:s anbud led av samma brister som förvaltningsrätten funnit att AIT:s anbud led av, skulle det innebära att skall-kraven tillämpas olika för olika anbudsgivare. Detta hade stått i strid med likabehandlingsprincipen.

Särskilt angående processramen

I rättsfallet HFD 2011 ref. 29 fastslog Högsta förvaltningsdomstolen dels att en leverantör vars anbud är föremål för ett yrkande om rättelse ska beredas tillfälle att yttra sig över detta enligt 10 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), dels att en leverantör som vid en överprövning i förvaltningsrätten uteslutits från en ny utvärdering har rätt att överklaga förvaltningsrättens dom. AIT har därmed partsställning i målet.

Av Högsta förvaltningsdomstolens beslut den 4 juni 2011 i mål nr 7311-10 framgår att en leverantör, vars anbud uteslutits ur en upphandling genom en lagakraftvunnen dom, har rätt att begära överprövning av det nya tilldelningsbeslutet om denne inte fått möjlighet att yttra sig över argumentationen i den tidigare överprövningsprocessen.

Enligt den praxis som NFB har åberopat angående processramen får invändningar från den *upphandlande myndigheten* om att den leverantör som begärt överprövning själv inte uppfyller alla skall-krav inte prövas inom ramen för överprövningsmålet. Denna praxis har genom rättsfallet HFD 2011 ref. 29 blivit obsolet och gäller inte längre, i vart fall vad avser AIT:s rätt att åberopa brister i NFB:s anbud.

Ramen för processen kan således även omfatta invändningar om att NFB inte uppfyller samtliga skall-krav. Om AIT inte får möjlighet att få samtliga sina invändningar mot NFB:s talan prövade, kommer AIT att ha talerätt i en kommande överprövningsprocess för det fall NFB tilldelas kontrakt efter rättelse (jfr Högsta förvaltningsdomstolens beslut den 4 juni 2011 i mål nr 7311-10). Inte minst processekonomiska skäl talar för att samtliga frågor prövas i ett sammanhang. Om invändningarna inte kan prövas i det aktuella målet, skulle syftet bakom ovan angivna praxis allvarligt förfelas.

En sådan slutsats skulle vidare vara oförenlig med AIT:s rätt till effektiva rättsmedel i 16 kap. LOU samt i det bakomliggande rättsmedelsdirektivet (2007/66/EG). Av EU-rättens krav på effektiva nationella rättsmedel följer att nationella processuella regler inte får medföra att det blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten (se t.ex. EU-domstolens domar den 20 september 2001 i mål C-453/99 *Courage*, REG 2001, s. I-06297 p. 29 och den 13 juli 2006 i mål C-295-298/04 *Manfredi*, REG 2006, s. I-06619, p. 81-82 samt Kammarrätten i Stockholms dom den 14 februari 2012 i mål nr 5851-11).

AIT har inte haft anledning att tidigare anmärka på NFB:s anbud och NFB kan rimligtvis inte tilldelas upphandlingen om bolaget inte uppfyller skall-kraven. NFB ska inte hamna i ett bättre läge än AIT om det kan konstateras att båda bolagen inte uppfyller skall-kraven i upphandlingen.

Kammarrätten har den 8 februari 2012 beslutat att Uppsala universitets upphandling ”Ramavtal avseende flyttjänster för Uppsala universitet” (dnr UH 2011/26) inte får avslutas innan något annat har bestämts.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Därutöver följer av unionsrätten att proportionalitetsprincipen, öppenhetsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande ska genomsyra tillämpningen av LOU. Bestämmelserna om förvaltningsdomstols hantering av mål om offentlig upphandling återfinns i 16 kap. LOU i vilket det bl.a. anges att om den upphandlande myndigheten brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta inneburit att den leverantör som ansökt om överprövning lidit, eller kan

komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Uppfyller AIT aktuellt skall-krav?

NFB har gjort gällande att AIT, som är vinnande anbudsgivare, inte uppfyller skall-kravet i p. 5.9 i förfrågningsunderlaget, varför kammarrätten finner skäl att inledningsvis pröva denna fråga. Vid denna bedömning finner kammarrätten, i likhet med förvaltningsrätten, att AIT inte uppfyller skall-kravet i p. 5.9 i förfrågningsunderlaget genom att intyg avseende sparsam körning inte har getts in beträffande bl.a. föraren BÖ trots att detta angetts i AIT:s anbud. Kammarrätten beaktar därvid följande. Universitetets tolkning av om AIT uppfyller aktuellt skall-krav framstår som alltför vidsträckt och bristande i förutsägbarhet för att kunna godtas med hänsyn till kravet på att öppenhetsprincipen ska iakttas. Vad universitet har anfört till stöd för sin tolkning att endast de personer för vilka intyg bifogats är avsedda som förare medför inte någon annan bedömning.

Med hänsyn till att AIT:s anbud inte uppfyller aktuellt skall-krav skulle anbudet därmed inte ha utvärderats av universitetet, utan anbudet borde ha diskvalificerats.

Invändningen att NFB inte fyller aktuellt skall-krav

En förutsättning för att kammarrätten ska kunna besluta om ingripande är att den anbudsgivare som ansöker om överprövning, i det här fallet NFB, har lidit eller riskerar att lida skada. Med hänsyn till att det i målet handlar om en avslutad upphandling bör skadan kunna konstateras vara konkret. NFB ska alltså ha lidit skada på grund av att universitetet brutit mot LOU genom att beakta AIT:s anbud trots att det borde ha uteslutits.

Universitet och AIT har i denna del invänt att NFB inte kan anses ha lidit någon skada med hänsyn till att NFB, för det fall kammarrätten skulle finna att AIT inte uppfyller aktuellt skall-krav, inte heller uppfyller det aktuella skall-kravet genom att NFB inte bifogat intyg om sparsam körning för samtliga chaufförer som är aktuella för uppdraget. AIT har därutöver invänt att NFB endast ingett intyg avseende utbildning i "Eco-Driving" och inte, som angetts i förfrågningsunderlaget, för "Sparsam körning".

I målet väcks således frågan om den upphandlande myndigheten eller den vinnande leverantören under överprövningsprocessen kan invända att den anbudsgivare som har begärt överprövning enligt LOU inte uppfyller ett skall-krav, trots att myndigheten vid anbudsutvärderingen funnit att så var fallet.

I ett antal domar från kammarrätterna har domstolarna funnit att en sådan möjlighet saknas (se Kammarrätten i Stockholms dom den 19 november 2010 i mål nr 5929-10 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 oktober 2010 i mål nr 3764-10 och den 18 december 2009 i mål nr 4904-09). Detta synsätt får anses vara ett utlopp av principen om reformatio in pejus, dvs. att den enskilde inte ska riskera att komma i ett sämre läge om ett myndighetsbeslut eller en dom överklagas.

Som förvaltningsrätten har funnit i sin dom – och i likhet med vad som framförts av universitet och AIT – kan det dock konstateras att en sådan tillämpning skulle medföra att förvaltningsdomstol kommer att bryta mot likabehandlingsprincipen genom att en leverantör som avgett ett anbud vilket inte uppfyller samtliga skall-krav i ett förfrågningsunderlag likväl skulle anses ha lidit skada.

EU-domstolen har uttalat att skyldigheten att respektera likabehandlingsprincipen är central i direktiven om offentlig upphandling, vilka bl.a. syftar till att utveckla en effektiv konkurrens inom deras respektive tillämpnings-

område och vilka innehåller föreskrifter om kriterier för tilldelning i avsikt att garantera en sådan konkurrens (dom den 17 september 2002 i mål C-513/99, Concordia Bus Finland, REG 2002, s. I-07213 p. 81 och där angiven rättspraxis). Principen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (domar den 14 december 2004 i mål C-434/02 Arnold André GmbH, REG 2004, s. I-11825 p. 68 och där angiven rättspraxis och i mål C-210/03 Swedish Match AB m.fl. REG 2004, s. I-11893 p. 70 och där angiven rättspraxis).

Av fast praxis från EU-domstolen följer vidare att nationella processuella regler inte tillåts hindra EU-rättens fulla genomslag (domar den 9 mars 1978 i mål C-106/77 Simmenthal S.p.A., Svensk specialutgåva s. 00075 och den 25 juli 1991 i mål C-221/89 Factortame Ltd m.fl., Svensk specialutgåva s. I-00313).

Mot bakgrund av det anförda kan, enligt kammarrättens mening, principen om reformatio in pejus behöva ge vika i de fall den hindrar att det underliggande rättsmedelsdirektivet (Europaparlamentets och Rådets direktiv 2007/66/EG) får full verkan. Vid en sådan slutsats beaktar kammarrätten även att överprövningsprocessen i mål enligt LOU skiljer sig från de flesta andra förvaltningsrättsliga mål i det avseendet att upphandlingsmålen har karaktären av tvistemål med jämbördiga parter där starka motstående intressen kan göra sig gällande. Intresset för att upprätthålla principen om reformatio in pejus i mål enligt LOU ter sig därför mindre starkt.

Vikt måste även läggas vid att rättsläget sedan de av NFB återopade kammarrättsdomarna meddelades i någon mån har förändrats genom att Högsta förvaltningsdomstolen i rättsfallet HFD 2011 ref. 29 uttalat att den vinnande leverantören har partsställning när förvaltningsrätt avser att bifalla en begäran om överprövning enligt LOU.

Som framförts av AIT talar även processekonomiska skäl för att invändningar av aktuellt slag kan prövas i ett sammanhang. Härvid bör också beaktas att förvaltningsdomstols mål enligt LOU regelmässigt ska handläggas skyndsamt och att upphandlingarna inte sällan rör stora belopp samt att föremålen för upphandlingarna är av stor vikt för samhället.

Kammarrätten gör därför bedömningen att universitetets och AIT:s invändning att inte heller NFB har uppfyllt det aktuella skall-kravet bör prövas inför ställningstagandet av om NFB har lidit skada.


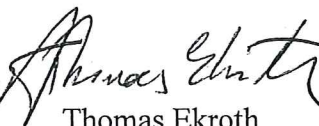

Uppfyller NFB aktuellt skall-krav?

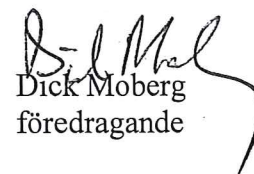
Det kan i likhet med vad förvaltningsrätten har gjort konstateras att den enda skillnaden i aktuellt hänseende mellan anbudet från AIT och anbudet från NFB är att AIT uttryckligen angett att tre anställda genomgått utbildning, men inte bifogat något intyg som styrker detta. På motsvarande sätt som beträffande AIT har universitetet då funnit att endast de personer, vilka angetts som chaufförer i uppdraget och vars utbildning styrkts med intyg, ska räknas som chaufförer i sammanhanget. Med hänvisning till att kammarrätten i enlighet med vad som tidigare anförts beträffande AIT:s anbud funnit att detta inte kan anses vara i överensstämmelse med LOU:s krav på bl.a. förutsägbarhet och transparens, måste motsvarande anses gälla även beträffande NFB:s anbud. Skäl för kammarrätten att särskilt pröva om utbildning i "Eco-Driving" kan jämföras med intyg angående "Sparsam körning" saknas därmed. Inte heller NFB kan därmed anses ha uppfyllt samtliga i upphandlingen uppställda skall-krav. Även NFB:s anbud skulle således rätteligen ha förkastats av universitetet.

Sammanfattande bedömning

Utifrån vad som angetts kan det konstateras att varken anbudet från AIT eller NFB uppfyller det aktuella skall-kravet. Båda anbuden har emellertid, såvitt nu är i fråga, bedömts på ett likartat sätt av universitetet som godtagit anbuden i aktuellt avseende. Likabehandlingsprincipen har därigenom inte trätts förnär. Med hänsyn till kravet på att den leverantör som ansökt om överprövning måste ha lidit skada för att ett ingripande enligt LOU ska kunna ske och med beaktande av likabehandlingsprincipens genomslag, som enligt kammarrätten blir särskilt tydlig när det gäller brister i ett och samma skall-krav, har NFB enligt kammarrättens mening inte lidit någon skada. Förvaltningsrätten har således haft fog för sitt beslut att avslå NFB:s ansökan om överprövning. NFB:s överklagande till kammarrätten kan till följd härav inte heller bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

		
Ingrid Engquist kammarrättsråd ordförande	Thomas Ekroth kammarrättsråd referent	Cecilia Torstensson tf. assessor


Dick Moberg
föredragande



SÖKANDE

NFB Transport Systems AB, 556273-6354
Kumla Gårdsväg 23
145 63 Norsborg

Ombud: Advokaten Fredrik Linder
Hamilton Advokatbyrå Stockholm HB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Uppsala Universitet
Upphandlingsenheten
Box 887
751 08 Uppsala

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Uppsala Universitets upphandling av Ramavtal för flyttjänster för Uppsala
Universitet, dnr UH 2011/26.

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Uppsala Universitet har genomfört en upphandling av Ramavtal för flyttjänster för Uppsala Universitet, dnr UH 2011/26. I tilldelningsbeslut den 5 december 2011 har Allt i Transport & Spedition AB (AIT) antagits då det bolagets anbud hade lägst totalpris.

YRKANDEN

NFB Transport Systems AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att anbudet från AIT diskvalificeras från utvärdering i upphandlingen.

Uppsala Universitet bestrider bifall till ansökan.

GRUNDER

Bolaget anför i huvudsak följande

Bolaget anför till stöd för sin ansökan att AIT inte uppfyller skall-kravet i punkt 5.9. i kravspecifikationen:

*”Utbildningsintyg avseende sparsamkörning för de i uppdraget aktuella personer **skall** bifogas anbudet.”*

Vidare anføres att följande anges i bilagan ”Miljökrav” under rubriken Sparsam körning:

*”Anbudsgivaren **skall** ansvara för att samtliga i anbudet angivna förare är utbildade i sparsam körning. Eventuella nya anställda förare under avtals-tiden **skall** utbildas.*

AIT har i sitt anbud ingivit en tabell innehållande namn och andra uppgifter avseende den personal som AIT avser använda inom ramen för upphandlingen. För varje enskild medarbetare anges här bl.a. om vederbörande utbildats för ”Eco-driving” respektive ”Spars. körn + trafiksäk.”. Att en medarbetare genomgått aktuell utbildning anges genom ett kryss för aktu-

ell medarbetare i den kolumn som avser respektive utbildning. AIT har för LL angivit ett kryss i rutan för *Eco-driving*. För DT har kryss angivits i rutorna för *Eco-driving* samt i rutan för *Spars. körn + trafiksäk*. För BÖ har ett kryss angivits i rutan för *Spars. körn + trafiksäk*. I alla dessa fall saknas relevanta intyg. Således uppfyller AIT inte skall-kravet i punkt 5.9. i kravspecifikationen. AIT:s anbud skulle således inte ha utvärderats i upphandlingen.

Då bolaget hamnat på andra plats i utvärderingen skulle bolaget, om AIT:s anbud förkastats, hamnat på första plats i utvärderingen och antagits som leverantör i upphandlingen. Därmed står det klart att bolaget kan komma att lida skada enligt 16 kap. 5 § LOU.

En invändning från den upphandlande myndigheten som görs först under domstolsprövningen, att den sökande inte uppfyllt samtliga skall-krav i upphandlingen, ska inte föranleda någon prövning (Kammarrättens i Stockholm dom den 7 april 2011 mål nr 5795-10).

Uppsala Universitet anför i huvudsak följande

Enligt kraven 5.4b och 5.9 ska dels namn och arbetsuppgift, dels intyg om sparsam körning uppvisas i anbudet. Uppsala Universitet har genomgående i utvärderingen tolkat kraven så att både namn och arbetsuppgift respektive intyg om sparsam körning ska vara uppfyllda för att den anställda ska medräknas som chaufför i uppdraget LL, DT och BÖ har därför initialt inte medräknats som chaufförer.

Vad avser bolagets anbud har bolaget i detta listat 27 förare, men har medskickat intyg om *Eco-driving* endast för 9 av dessa. Efter förtydligande har Uppsala Universitet även i detta fall gjort bedömningen att det endast är de chaufförer med intyg som är aktuella för uppdraget. Det bör noteras att bolaget har redovisat *Eco-driving*, inte sparsam körning som har efterfrå-

gats. Hade Uppsala Universitet gjort en tolkning som diskvalificerar AIT:s anbud skulle även bolagets anbud ha diskvalificerats.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingen ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 5 § LOU (tillämplig lydelse) anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Ur handlingarna i målet

Punkt 5.4b i kravspecifikationen har följande lydelse:

*Tilltänkt personal för uppdraget **skall** redovisas med namn och uppgift om deras ansvar i uppdraget.*

Punkt 5.9. i kravspecifikationen har följande lydelse:

*Utbildningsintyg avseende sparsamkörning för de i uppdraget aktuella personer **skall** bifogas anbudet.*

I bilagan **MILJÖKRAV** Flyttjänster för Uppsala Universitet anges bl.a. följande:

*Anbudsgivaren **skall** ansvara för att samtliga i anbudet angivna förare är utbildade i sparsam körning. Eventuella nya anställda förare under avtalsperioden **skall** utbildas.*

I förtydligande i upphandlingen den 31 oktober 2011 ställer Uppsala Universitet följande fråga till bolaget:

*Punkt 5.9. Utbildningsintyg avseende sparsamkörning för de i uppdraget aktuella personer **skall** bifogas anbudet. I anbudet redovisas en personalförteckning. Av de personer i personalförteckningen redovisade som förare*

27 st har det endast i anbudet redovisats sparsamkörningsutbildning för 9 av dessa 27 förare.

Bolaget svarade den 1 november 2011:

5.9. Vi har inte bedömt att detta uppdrag kräver mer än 9 förare och om skulle bli fallet och vi får förmånen att bli er leverantör så kommer fler att utbildas vilket även bortsett från detta är planerat.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har anfört att AIT inte uppfyller samtliga skall-krav i upphandlingen och därför ska uteslutas ur upphandlingen. Bärande principer inom offentlig upphandling är transparens-, förutsebarhets- och likabehandlingsprinciperna. Av dessa följer att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skall-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen, utan ska förkastas.

I upphandlingen har skall-krav förelegat att tilltänkt personal för uppdraget ska redovisas med namn och arbetsuppgift samt att utbildningsintyg avseende sparsam körning för de i uppdraget aktuella personerna ska bifogas anbudet. Av miljökravsbilagan framgår att det är sådana personer som anges som förare i anbudet som intyg ska lämnas för.

Det är ostridigt i målet att AIT i sitt anbud inte lämnat intyg för tre anställda, för vilka man angivit att de genomgått utbildningar i Eco-driving / sparsam körning och trafiksäkerhet. Uppsala Universitet har tolkat detta som att dessa tre anställda inte ska medräknas som förare i uppdraget.

AIT har i sitt anbud inte uppgivit vilka arbetsuppgifter de anställda ska ha i det specifika uppdraget, utan istället med kryss markerat vilka utbildningar/funktioner de olika anställda har. Frågan är således inledningsvis om detta innebär att AIT inte har uppfyllt skall-kraven i upphandlingen. Den första frågan att ta ställning till härvid är om de av bolaget anförda anställ-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALADOM
2012-02-01

da, LL, DT och BÖ, har angetts som förare i anbudet. Förvaltningsrätten konstaterar att det för den anställde BÖ inte angivits någon annan kompetens/funktion än just sparsam körning. Förvaltningsrätten finner att den inlämnade personalförteckningen inte kan tolkas på ett annat vis än att han angetts som förare i uppdraget. Förvaltningsrätten finner således inte stöd för den tolkning som Uppsala Universitet gjort, att endast de för vilka intyg bifogas är avsedda som förare. En sådan tolkning skulle i princip göra skall-kravet verkningslöst. Då något intyg om genomgången utbildning för sparsam körning, för åtminstone en angiven förare, inte bifogats anbudet har AIT inte uppfyllt skall-kravet i punkt 5.9. i kravspecifikationen.

För att förutsättningar för åtgärd enligt LOU ska föreligga krävs emellertid även att det sökande bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada. Härvid finner förvaltningsrätten anledning att säga något om prövningsramen för målet. Uppsala Universitet har anfört att en sådan tolkning av skall-kraven som innebär att AIT:s anbud ska förkastas även innebär att bolagets anbud av samma anledning ska förkastas. Bolaget har anfört att denna invändning inte ska föranleda någon prövning. Förvaltningsrätten finner att det följer av likabehandlingsprincipen att skall-kraven måste gälla lika för samtliga anbudsgivare, i förvaltningsrätten likväl som hos den upphandlande myndigheten. Att inte beakta huruvida bolagets anbud lider av samma brister som förvaltningsrätten funnit att AIT:s anbud lider av skulle i detta fall innebära att skall-kraven tolkas och tillämpas olika för olika anbudsgivare. Förvaltningsrätten finner därför att det måste följa av likabehandlingsprincipen att en invändning om att det sökande bolaget inte uppfyller ett visst skall-krav kan prövas i ett fall som detta, inom ramen för prövningen av om bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Däremot kan förvaltningsrätten, vilket följer av Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 5795-10, inte inom ramen för denna prövning beakta Uppsala Universitets invändning om att bolaget redovisat intyg för Eco-drive istället för sparsam körning, eftersom intygen godkändes i upphandlingen.

Bolaget har i den personalförteckning som bifogats anbudet angett 27 personer som förare. För 9 av dessa har angivits att de har genomgått utbildning "Eco-drive". För dessa 9 anställda har relevanta intyg bifogats anbudet. Emellertid framgår att 18 anställda angetts som förare i anbudet utan att intyg om genomgången utbildning i sparsam körning bifogats för dem. Efter förtydligande från bolaget har Uppsala Universitet tolkat anbudet så att endast de anställda för vilka intyg redovisats har ansetts vara förare i anbudet, trots att ytterligare 18 anställda uttryckligen angetts som förare. Liksom för AIT:s anbud har således endast de angivna förare för vilka intyg bifogats medräknats som förare i anbudet. Den enda skillnaden mellan bolagets och AIT:s anbud är att AIT uttryckligen angivit att tre anställda genomgått utbildning, men inte bifogat intyg till styrkande därav. Detta kan i förvaltningsrättens mening inte innebära någon skillnad mellan anbudens avseende uppfyllelse av de aktuella skall-kraven. Om skall-kravet tillämpas på ett sådant sätt att intyg om sparsam körning ska lämnas in för samtliga i anbudens angivna förare skulle detta således innebära att även bolagets anbud ska förkastas.

Förvaltningsrätten finner således att bolaget inte på grund av att Uppsala Universitet antog AIT:s anbud, trots att detta inte uppfyllde samtliga skallkrav i upphandlingen, har lidit skada. Förutsättningar för åtgärd enligt 16 kap. 5 § LOU föreligger således inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A LOU)



Kristina Jaros Åberg
rådman

Målet har föredragits av Erik Edström

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.